

## 社区治理：在硬法与软法之间

宋方青\*

治理理论在英语国家早已有之，但直到20世纪80年代末，治理理论才被广泛地运用起来。在我国，自从党的十八大将全面深化改革的总目标确定为“完善和发展中国特色社会主义制度，推进国家治理和治理能力现代化”之后，治理的理论研究和实践也广泛开展起来。社区是一个基础的治理单元，社区治理是治理理论在社区领域的实际运用。近些年，我国许多地方在社区治理方面都探索出一系列的有益的做法，形成了一些可复制的经验。2015年初，笔者接受了厦门市思明区政府委托的“城市社区治理体制改革与机制创新研究”课题并组织课题组成员进行了深入的调研，在调研过程中获得了许多鲜活的案例，以下是其中两则案例：

案例一：几户居民因小区内的绿地认养引发了纠纷，后来居委会出面调解，在居委会的主持下，小区内的居民共同商讨了解决绿地认养的问题，最后各方达成共识形成了《居民绿地认养公约》，该份《公约》详细规定了认养的权利义务以及相应的惩戒措施等规则。由于居民对该《公约》的认同感很强，大家都自觉地遵守该《公约》的各项规定，此后有关绿地认养方面的纠纷就再也没有发生。

案例二：随着旅游产业的迅速发展，有一段时间，曾厝垵的商业氛围出现恶化。芒果摊缺斤短两、无证经营等现象十分猖獗，工商、城管部门虽然一再加大查处力度，但乱象始终屡禁不止。面对这一问题，通过决策型自治组织——曾厝垵公共议事理事会这一组织载体，由社区干部、业主协会、文创会成员共同谋划应对策略，并采取了如下治理措施：一是加强整体管控。业主协会牵头制定芒果摊经营管理规范，配合居委会对辖区内的芒果经营摊位进行统一规划，实行总量控制、定点经营。芒果摊经营者需要与业主协会签订诚信经营保证书，并缴纳1万元保证金。二是制定自律公约。在居委会、业主协会的指导下，由芒果摊经营者民主协商芒果经营自律公约，以自治章程来规范经营行为。三是建立退出机制。芒果摊点如果被投诉缺斤短两或其他违法经营问题，每查证属实一次，除有关部门依法处罚外，业主协会作为自律组织会从保证金中扣除5000元。两次违法保证金便被扣完，并且取缔经营摊位。通过上述措施，曾厝垵辖区内的芒果摊违法经营问题基本得到遏制，同时业主与芒果经营者也有了联合动力，共同督促治理流动性外来摊贩。

通过这两则案例，我们可以发现：软法在社区治理中发挥了重要的作用。本文想表明的一个基本观点是，社区治理应当以善治作为管理模式，法治是善治的基本要求，“法律是治国之重器，法治是国家治理体系和治理能力的重要依托”，但法治并不等于国家要把社会生活的方方面面都用法律管起来，有效性的做法是国家还必须为公民社会留下必要的空间，实行广泛的公民自治，在硬法与软法之间进行互补性的规则之治。

### 一、社区治理当为善治的治理

英文中的“治理”(governance)一词源于拉丁文和古希腊语，原意是控制、引导和操纵，长期以来与“统

\* 厦门大学法学院教授、博士生导师，厦门大学法学院院长，厦门大学社会治理与软法研究中心执行主任。

治”(government)一词交叉使用。<sup>[1]</sup>但自20世纪90年代以来,治理被赋予了与统治不同的含义,其中最具代表性和权威性的定义是,全球治理委员会于1995年发表的《我们的全球伙伴关系》研究报告中对治理作出的界定,即治理是各种公共的或私人的个人和机构管理其共同事务的诸多方式的总和。它是使相互冲突的或不同的利益得以调和并且采取联合行动的持续的过程。它既包括有权迫使人们服从的正式制度和规则,也包括各种人们同意或以为符合其利益的非正式的制度安排。它包括四个基本特征:治理不是一整套规则,也不是一种活动,而是一个过程;治理过程的基础不是控制,而是协调;治理既涉及公共部门,也包括私人部门;治理不是一种正式的制度,而是持续的互动。<sup>[2]</sup>作为一种政治管理的过程,治理存在着失效的可能性,为了克服治理的失效,善治的治理被提了出来。所谓善治就是使公共利益最大化的社会管理过程,它通过国家与社会或者说政府与公民对公共生活的合作管理,使得政治国家与公民社会处于一种最佳的状态。“从全社会范围看,善治离不开政府,但更离不开公民”。<sup>[3]</sup>就我国现状而言,善治的过程应当是一个还政于民的过程。社会的生命力是自下而上、由内而外循环的,我们的政府应当是有限政府,必须转变大包大揽的思维方式,赋权予社会,激发社会活力,这样才能提升公民的自治能力与自治水平,善治目标才能实现。

社区治理主要是指基层政府、社区组织与居民对社区公共事务所进行的治理。社区治理的最佳状态应当是基层政府、社区组织和居民对公共事务良好的合作管理,在这个过程中,基层政府、社区组织和居民各就其位、各司其职、协调配合、共建共治。我国的社区治理一直在摸索中不断改革创新,特别是自中办、国办转发《民政部关于在全国推进城市社区建设的意见》以来,社区治理取得了较大的成就。但就整体而言,社区治理的政治功能远远大于服务功能,基层政府与社区组织之间的关系往往呈现控制与被控制、领导与被领导的关系,社区居民对公众事务的参与路径和程度有限,对所在社区的认同感和归属感不足。社区是指聚居在一定地域范围内的人们所组成的社会生活共同体,它具有满足生活需要、进行社会参与、按照全球治理委员会的界定实现社会控制、完成社会化以及社会互助等多种功能。作为一个共同体,社区的构成和发展受血缘、地缘或是政治、经济、人口、文化等因素的影响。在现代社会中,认同对于社区这一共同体的发展具有决定性的作用。认同感的获得其中一个非常重要的途径就是居民参与社区公共事务的管理,而相应的制度安排则是保证居民积极参与合作并达至其对所在社区的归属感与认同感的力量所在。有学者曾指出,一个有效的公众参与至少应当具备以下几个制度条件:第一,以选举为基础的对公民负责的政府;第二,政府的信息公开和透明化的程度高;第三,公民社会的存在。<sup>[4]</sup>社区治理当为善治,相应的制度建设则应此为目标。

此外,构建协商机制则是培养居民对所在社区归属感和认同感的有效载体。对于社区而言,权威与自由的正确结合是共同体福祉的关键所在。“权威是一种权力形式,一种影响力的形式,它来自人们自发的授权,它从自愿服从、为民认可中获得力量”。<sup>[5]</sup>公正、合理的协商程序安排容易增加协商结果的权威性,提高社会大众对协商结果的认同感。因为公正、合理的协商程序能够为利害相关方营造一种自由、平等的对话条件与氛围,能够保障各方的人格尊严和意志自由等到尊重以及有充分的机会表达其观点,能够使相互冲突或不同的利益得以调和,这就不仅使各方面容易从心理上接受和承认结果的正当性,即使他并不满意这种结果,也有利于疏导不满和矛盾,避免采取激烈手段来压抑对抗倾向。

[1] 俞可平:《治理与善治》,社会科学文献出版社2000年版,第1页。

[2] 全球治理委员会:《我们的全球伙伴关系》,牛津大学出版社1995年版,第23页。

[3] 同注[1],俞可平书,第11页。

[4] 蔡定剑:《公众参与及其在中国的发展》,载《团结》2009年第4期。

[5] [美]萨托利:《民主新论》,冯克利、阎克文译,上海人民出版社2009年版,第210页。

### 二、社区治理应为硬法与软法互补性的规则之治

国家与市民社会是两个不同的场域。改革开放前,我国实行的是“一种政治上高度一元化的组织和领导体制,公与私、国家与社会、政府与民间几乎完全合为一体,或者说,公吞没了私,国家吞没了社会、政府吞没了民间”。<sup>[6]</sup>改革开放后,伴随着我国政治体制和经济体制的改革,市民社会逐渐发育成长起来,这其中既有市场经济的自然催生,更有政府力量的推动,政府权力的下放、职能的转变,特别是法治中国建设的顶层设计和战略总署,从规范层面、制度层面推进市民社会的形成和发展。

“市民社会指的是社会中的一部分,这部分社会具有自身的生命,与国家有明显区别,且大都具有相对于国家的自主性。”市民社会是也应当是一个能够自我治理的社会。“市民社会的观念有三个主要要素:其一是由一套经济的、宗教的、知识的、政治的自主性机构组成的,有别于家庭、家族、地域或国家的一部分社会。其二,这一部分社会在它自身与国家之间存在一系列特定关系以及一套独特的机构或制度,得以保障国家与市民社会的分离并维持二者之间的有效联系。其三是一整套广泛传播的文明的抑或市民的风范。”<sup>[7]</sup>从经验的层面看,自主的制度与组织、自治的管理方式是市民社会得以存在和维系的关键。自治性是市民社会特质所在,健全和发达的市民社会一定是一个自治的社会。

市民社会作为一个自治的社会,其运作有一套规则体系,这种规则体系既包括国家机关通过立法程序制定的硬法规则,也包括在社会生活中自发形成的软法规则。硬法规则是指由国家立法机关制定并由国家强调力保证实施的法规范,它是社会治理的最高准则,强调的是法的统治。在我国,硬法之治已有丰富的理论基础与规范和制度支撑,特别是党的十八届四中全会作出的关于全面推进依法治国若干重大问题的决定,提出坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设,市民社会的法治化已成为时代的重任,硬法之治作为实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求被普遍的推行。但在这个过程,人们似乎都“不太愿意在软法之治与法治化之间建立起一种必然联系”。<sup>[8]</sup>对于软法之治有诸多诟病,如有观点认为“在现实的软法之治中,软法在呈现出推动法治目标全面实现的正面效应的同时,也在一定程度上暴露出部分软法规范与法治精神南辕北辙的缺陷,经常受到‘法外’或者‘非法’的批评与指责;甚至还被贴上损害‘法律’权威、妨碍‘法治’目标实现的绊脚石之类的黑标签”。<sup>[9]</sup>笔者认为,正如罗豪才先生所言“软法亦法”,在数量上软法规范远远超过硬法规范,在功能上软法规范在矫正硬法失灵方面发挥着重要作用,通过填补硬法空白、弥补硬法不足、丰富硬法细节等方面大大拓展法治的疆域。<sup>[10]</sup>此外,软法虽然不能运用国家强制力保证实施,但是其自身有极高的自我实施水平,原因有:其一,软法是通过平等参与的协商机制达成解决问题的规则,在这个过程中,利害关系人都能平等地、充分地表达自己的意愿,因而对共同达成的规则的认同与支持程度很高;其二,软法规范是一种能够实现激励兼容的机制,即软法规范本身所具有的激励机制可以使得各方主体达致多元均衡状态。因此,软法之治与硬法之治是相辅相成、并行不悖的,作为社会治理之善治的手段与方式,它们具有互补性,殊途同归形成合力,共同实现法治目标。以社区治理为例,如前面所列的案例,软法在社区治理过程中显然起到了硬法所无法企及的效果。社区治理之善治为硬法与软法互补性的规则之治,当为不二的选择。

(责任编辑:姜孝贤)

[6] 同注[1],俞可平书,第333页。

[7] [美]爱德华·希尔斯:《市民社会的美德》(中译本),载邓正来、[美]J·C·亚历山大主编:《国家与市民社会》(增订版),上海人民出版社2006年版,第50—51页。

[8] 罗豪才、宋功德:《软法亦法——公共治理呼唤软法之治》,法律出版社2009年版,第5页。

[9] 同注[8],罗豪才、宋功德书,第516页。

[10] 同注[8],罗豪才、宋功德书,第4—5页。